

Tilburg University

Executiegeschil en incidenteel verzoek tot schorsing

Tjong Tjin Tai, T.F.E.

Published in:
Tijdschrift voor civiele rechtspleging

Publication date:
2009

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Tjong Tjin Tai, T. F. E. (2009). Executiegeschil en incidenteel verzoek tot schorsing. *Tijdschrift voor civiele rechtspleging*, 2009(1), 1-7.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

(Gepubliceerd in: TCR 2009/1, p. 1-7)

Executiegeschil en incidenteel verzoek tot schorsing

Mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai

Universitair hoofddocent privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg

Abstract

In de praktijk is een probleem op welke wijze een verzoek tot schorsing van de executie van een uitspraak hangende een rechtsmiddel moet worden ingesteld, bij executiegeschil of bij incidenteel verzoek. Een ander probleem is welke maatstaf moet worden aangelegd bij de beoordeling van het verzoek. In dit artikel wordt op basis van wetshistorische en dogmatische analyse betoogd dat beide mogelijkheden open staan. Voorts wordt geconcludeerd dat de kans van slagen van het rechtsmiddel een rol mag spelen en dat er in wezen geen verschil is tussen de norm van Ritzen/Hoekstra (HR 22 april 1983, NJ 1984, 145) en de belangenafweging in het incident: beide impliceren elkaar.

1. Inleiding

Het probleem is bekend: tegen een uitspraak is een rechtsmiddel ingesteld, maar omdat de uitspraak uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, kan deze nog steeds ten uitvoer worden gelegd (art. 233 lid 1 Rv). Om de executie alsnog te schorsen moet men zich tot de rechter wenden.¹ Maar welke rechter moet men adieren, en welke grond is er voor schorsing? Twee mogelijkheden lijken zich aan te dienen: het executiegeschil bij de voorzieningenrechter, en een incidenteel verzoek tot schorsing hangende appèl (art. 351 Rv). De verhouding tussen deze twee mogelijkheden is evenwel door een woud van jurisprudentie en wetswijzigingen moeilijk te doorgronden en leidt in de praktijk tot vergissingen. Zo werd in een recente uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Roermond² een verzoek in kort geding tot schorsing van een uitspraak, hangende het appèl tegen die uitspraak, niet-ontvankelijk verklaard, aangezien art. 351 Rv daar reeds een voorziening voor treft, te weten een incidentele vordering bij het hof. Die uitspraak lijkt op zichzelf onjuist, al

¹ Overigens is uiteraard ook mogelijk dat eiser zich vrijwillig onthoudt van executie, wellicht mede uit vrees na onverhoopte vernietiging schadeplichtig te worden wegens onrechtmatige executie.

² Vznr. Rb Roermond 18 januari 2008, LJN BC2276, in dezelfde zin ook Vznr. Rb Arnhem 28 juni 2005, JBP 2006, 57, bekritiseerd door Linssen, noot bij JBP 2006, 51. Een vergelijkbaar vonnis van dezelfde voorzieningenrechter is vernietigd in Hof Den Bosch 23 december 2008, LJN BG9853.

is de redenering van de voorzieningenrechter niet geheel onbegrijpelijk, nu jurisprudentie en wetsgeschiedenis niet geheel eenduidig zijn. Dit alles vormt reden om een en ander op een rijtje te zetten.³ Hierbij komen twee vragen aan de orde: de verhouding tussen een executiegeschil en een incident tot schorsing, en de maatstaf die moet worden aangelegd voor de beoordeling van een verzoek tot schorsing van een uitspraak hangende een daartegen gericht rechtsmiddel. Om deze vragen te kunnen beantwoorden zal worden begonnen met een beschrijving van de historie.

2. Twee wegen tot schorsing hangende een rechtsmiddel

De oorspronkelijke regeling omtrent de uitvoerbaarheid bij voorraad van rechterlijke uitspraken dateert uit 1896.⁴ Destijds formuleerden art. 52 en 53 Rv-1896 limitatief de gronden waarop uitvoerbaarverklaring bij voorraad kon worden uitgesproken.⁵ Art. 52 noemde enkele gronden die de rechter verplichtten om desverzocht de uitvoerbaarverklaring bij voorraad uit te spreken, art. 53 somde limitatief enige facultatieve gronden op: hierbij had de rechter een zekere beoordelingsvrijheid.⁶ Als pendant van deze regeling was het mogelijk om bij incidentele vordering op grond van art. 352 Rv-1896 hangende appèl de schorsing van de uitvoerbaarheid te verzoeken bij de appèlrechter.⁷ Omgekeerd liet art. 351 Rv-1896 toe dat de uitvoerbaarheid bij voorraad alsnog in hoger beroep kon worden gevorderd. In cassatie was een zodanig incident tot schorsing eerst mogelijk na de wetswijziging van 1963, waarbij art. 406 Rv-1963 werd ingevoerd.⁸ Art. 352 en 406 Rv-1896/1963 gaven aan dat alleen geschorst kon worden indien de rechter buiten de wettelijke

³ Zie overigens ook J.G.A. Linssen, noot bij JBPr 2007, 51, M. den Besten, noot bij JBPr 2008, 8, en conclusie A-G Wesseling-Van Gent bij HR 29 april 2005, NJ 2006, 457 m.nt. HJS (Vie d'Or/DNB).

⁴ Van Rossem-Cleveringa, art. 52, aant. 1, Van Boneval Faure, 2^e deel, 4^e dr. 1900, § 73 (p. 243-258).

⁵ Art. 52 bepaalde “De voorloopige ten uitvoerlegging der vonnissen niettegenstaande hooger beroep of verzet zal bevolen worden: 1. Indien de uitspraak berust op een authentieke titel; 2. (...)” Art. 53 bepaalde: “De voorloopige ten uitvoerlegging der vonnissen niettegenstaande hooger beroep of verzet kan bevolen worden met of zonder borgtocht, in gevallen betreffende: 1. Verzegeling en ontzegeling of boedelbeschrijving; 2. Dringende reparatiën; (...)”.

⁶ Star Busmann-Rutten, nrs. 426-427, Van Rossem-Cleveringa, aantekeningen bij art. 52 en 53, Van Boneval Faure, 2^e deel, 4^e dr. 1900, § 73 (p. 243-258).

⁷ Star Busmann-Rutten, nr. 427, Van Boneval Faure, 5^e deel, 2^e dr. 1900, § 164 (p. 154-159).

⁸ Asser/Veegens-Korthals Altes-Groen, nr. 70. Zie voor een voorbeeld HR 31 januari 1986, NJ 1986, 516 m.nt. WLH (Medtronic/Mullenders). Art. 405 Rv-1896 opende naar analogie met art. 351 Rv-1896 de mogelijkheid om alsnog uitvoerbaarverklaring bij voorraad te vorderen.

gronden (van art. 52 en 53 Rv-1896) was getreden. De wet liet derhalve slechts een beperkte toetsing van de oorspronkelijke uitspraak toe.⁹

De beperkte toetsing werd bevestigd in de jurisprudentie. In zijn arrest HR 4 januari 1940, NJ 1940, 351 (Luttmer/Zingstra), gaf de Hoge Raad aan dat art. 352 Rv-1896 het hof slechts toestond om te bezien of de uitvoerbaarverklaring bij voorraad volgens de wet toelaatbaar was. De rechter die de uitvoerbaarheid beval had dus binnen de grenzen van de wet vrijheid om al dan niet toe te wijzen. Eenzelfde vrijheid werd aangenomen ten aanzien van een incident in cassatie om de uitvoerbaarheid bij voorraad van het arrest a quo te bevelen ex art. 405 Rv-1896. A-G Berger gaf in zijn conclusie voor HR 16 juni 1972, NJ 1972, 330 (Hugro Holland/AdG) aan dat zijns inziens in dit incident niet de kansen van het cassatieberoep in de hoofdzaak dienden te worden gewogen. De Hoge Raad wees de incidentele vordering toe nu het hof kennelijk slechts had verzuimd op het daartoe strekkend verzoek te oordelen, en toewijzing voor de hand lag. Er werd daarbij dus geen inhoudelijke beoordeling van de uitspraak a quo gegeven.

In HR 4 december 1981, NJ 1982, 149 (Sanders/Sanders) overwoog de Hoge Raad (op een incidentele vordering tot *staking* van de tenuitvoerlegging ex art. 406 Rv-1963) expliciet dat een bepaalde in het incident opgeworpen inhoudelijke kwestie, “als rakende de zaak zelf, in het kader van dit incident niet [kan] worden beslist.” A-G Biegman-Hartogh had in haar conclusie gewezen op literatuur waarin werd aangegeven dat in het incident niet op de zaak zelf moet worden ingegaan, en trok een parallel met bepaalde strafrechtelijke procedures waarin men niet mag vooruitlopen op de uiteindelijke beslissing van de strafrechter. Deze uitspraak is begrijpelijk nu art. 406 Rv-1963 slechts schorsing toeliet indien buiten de gronden van art. 52 en 53 Rv-1896 was getreden:¹⁰ een inhoudelijke beoordeling van de opportuniteit van uitvoerbaarheid bij voorraad of de juistheid van de aangevallen uitspraak (en bij uitbreiding daarvan, de kans van slagen van het rechtsmiddel) viel buiten de strikte toetsingsgrond van art. 406 Rv-1963 en art. 352 Rv-1896.

Waarschijnlijk was het vanwege deze beperkingen van art. 352 Rv-1896 dat er behoefte ontstond om hangende het appel tegen een uitvoerbaar bij voorraad

⁹ Star Busman-Rutten, nr. 427, verwijzend naar eerdergenoemd HR 4 januari 1940, NJ 1940, 351, Van Rossem-Cleveringa, art. 352, aant. 1, ook Van Boneval Faure, 5^e deel, 2^e dr. 1900, § 164 (p. 158-159).

¹⁰ Zie bv. HR 31 januari 1986, NJ 1986, 516 m.nt. WLH (Medtronic/Mullenders), HR 2 juni 1989, NJ 1989, 666 (Hoekmeijer/Markantonakis).

verklaard vonnis de schorsing van dat vonnis te bewerkstelligen door een executiegeschil ex art. 438 Rv aanhangig te maken.¹¹ Manifeste onjuistheden in de uitspraak konden immers geen grond opleveren voor schorsing ex art. 352 Rv-1896. Mogelijk waren ook praktische overwegingen leidend. Als bijvoorbeeld een veroordeling onmogelijk kan worden nagekomen, zou dit zowel een valide bezwaar kunnen zijn tegen de tenuitvoerlegging zelf (waar het executiegeschil voor geschreven is), als een grief tegen de inhoud van de uitspraak zelf (nu de rechter immers niet tot het onmogelijke dient te veroordelen). De geëxecuteerde zal dan zekerheidshalve reeds in het executiegeschil klagen over fouten in de uitspraak, met name als de feitelijke stand van zaken de onmogelijkheid van nakoming onderbouwt. Verder valt niet uit te sluiten dat het adiëren van de President geschiedde om lange beslistermijnen bij de appèlrechter te vermijden.

Een bezwaar tegen deze praktijk was dat het executiegeschil werd misbruikt als een verkapt appèl.¹² Verder was er het dogmatische bezwaar dat een rechterlijke uitspraak gezag heeft en dient te hebben totdat deze vernietigd is, wat gelet op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen alleen kan “in de gevallen en op de wijzen bijzonderlijk in de wet genoemd”.¹³ Wel werd door sommige auteurs schorsing mogelijk geacht ingeval van nieuwe feiten.¹⁴ De Hoge Raad heeft in 1983 de knoop doorgehakt. De directe aanleiding was een zaak waar een kort geding aanhangig was gemaakt om de staking van een ontruimingsvonnis te bewerkstelligen hangende het appèl tegen dat vonnis. De Hoge Raad oordeelde dat

“de rechter slechts de staking van de tenuitvoerlegging van dat vonnis [kan] bevelen, indien hij van oordeel is dat de executant, mede gelet op de belangen aan de zijde van de geëxecuteerde die door de ontruiming zullen worden geschaad, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid om in afwachting van de uitslag van het hoger beroep tot tenuitvoerlegging over te gaan. Dat zal het geval kunnen zijn indien het te executeren vonnis klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust of indien de ontruiming op grond van na dit vonnis voorgevallen of aan het

¹¹ Voorbeelden in de noot van Heemskerk onder HR 22 april 1983, NJ 1984, 145 (Ritzen/Hoekstra). Zie ook Meijers-Vermeulen, Het kort geding, 2^o dr. 1967, blz. 139 nt 2.

¹² Zie noot Heemskerk onder HR 22 april 1983, NJ 1984, 145 (Ritzen/Hoekstra), verwijzend naar Meijers-Vermeulen, Het kort geding, 2^o dr. 1967, blz. 136-143.

¹³ Meijers, Het kort geding, 1^o dr., blz. 139-140, inhoudelijk gelijk aan HR 16 april 1948, NJ 1948, 532 m.nt. DJV (LMU/Schrijver).

¹⁴ Van Rossum-Cleveringa (art. 289, aant. 9) achtte schorsing mogelijk, mits dit niet zou uitlopen op het teniet doen van de eerdere uitspraak zonder dat er een ‘novum’ was. Veegens (noot bij HR 8 oktober 1948, NJ 1949, 170) achtte schorsing ingeval van nieuwe feiten eveneens mogelijk.

licht gekomen feiten klaarblijkelijk aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand zal doen ontstaan, waardoor een onverwijld tenuitvoerlegging niet kan worden aanvaard.”¹⁵

Hoewel dit arrest tegenwoordig veelal lijkt te worden gelezen als de grondslag voor een *bevoegdheid* om de executie van een vonnis te doen staken, was de bedoeling juist om een *beperking* op te leggen aan een te ruimhartige praktijk.¹⁶ Dit blijkt mede uit het gebruik van het woord ‘slechts’. Schorsing van de tenuitvoerlegging is *alleen* mogelijk op grond van misbruik van bevoegdheid.¹⁷ Daarbij zijn twee gronden onderscheiden: nieuwe feiten, en een (feitelijke of juridische) misslag. Hiermee zijn twee wegen opgelegd om schorsing te bereiken: enerzijds de incidentele vordering bij de hogere rechter, anderzijds het executiegeschil bij de President. Het onderscheid tussen beide wegen is gelegen in de gronden die worden aangevoerd: buiten de wet treden ingeval van art. 352 en 406 Rv-1896/1963, misbruik van bevoegdheid in het geval van een executiegeschil. In het eerste geval blijft de eerdere uitspraak inhoudelijk gerespecteerd, in het tweede geval echter kan een beperkte inhoudelijke toetsing plaatsvinden via het misslag-criterium. Inmiddels is het overigens zelfs mogelijk om in een executiegeschil een in kracht van gewijsde gegaan vonnis (de facto definitief) te laten schorsen.¹⁸ Dergelijke gevallen blijven in dit artikel buiten beschouwing.

3. De verruiming van de schorsingsgronden bij incident

De beperking in de gronden van art. 52 en 53 Rv-1896 is in 1992 opgeheven.¹⁹ De rechter zou niet beperkt moeten worden in zijn beoordeling omtrent de opportuniteit van uitvoerbaarheid bij voorraad; hij diende te oordelen naar de omstandigheden van het geval.²⁰ Art. 52 werd dienovereenkomstig gewijzigd. De mogelijkheid van een incident tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad werd behouden in een nieuwe tekst van

¹⁵ HR 22 april 1983, NJ 1984, 145 m.nt. WHH (Ritzen/Hoekstra).

¹⁶ Heemskerk in zijn noot onder NJ 1984, 145, Oudelaar, *Civielrechtelijke executiegeschillen*, diss. 1992, p. 274-275.

¹⁷ Aldus uitdrukkelijk HR 5 november 1993, NJ 1994, 154 m.nt. PAS (De Wit/Van den Berg), rov. 3.4.

¹⁸ HR 30 oktober 1992, NJ 1993, 4 (Zegwaard/De Baat), HR 5 november 1993, NJ 1994, 154 (De Wit/Van den Berg) en HR 22 december 2006, NJ 2007, 173 m.nt. Van Mierlo (Schmidt/Thunnissen), JBPr 2007, 36 m.nt. Van der Wiel. In de laatste zaak ging het om een aan de veroordeelde zelf mede te wijten feitelijke misslag (een betalingsbewijs was niet overgelegd in de eerste procedure). Zie ook Hof Den Bosch 26 juni 2007, JBPr 2008, 9 m.nt. Den Besten.

¹⁹ Zie PG Inv. Bk. 3, 5 en 6, Overige wetten, p. 25-35.

²⁰ PG Inv. Bk. 3, 5 en 6, Overige wetten, p. 27.

art. 53 Rv-1992.²¹ Gevolg hiervan was dat de regeling van art. 352 en 406 Rv-1896/1963 geen zin meer had: de rechter kon immers niet buiten de beperkingen van de nieuwe regeling treden omdat deze geen limitatieve gronden vermeldde.²² Per 1 januari 1992 zijn deze bepalingen daarom komen te vervallen. Schorsing was mogelijk maar zou in een executiegeschil bij de President moeten worden bewerkstelligd.²³

In het sedert 1 januari 2002 geldende Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is de mogelijkheid van een incidentele vordering tot schorsing in appèl teruggekeerd (art. 351 Rv). De reden voor herinvoering was dat het niet doelmatig is om na het instellen van hoger beroep altijd een apart kort geding bij de president (thans voorzieningenrechter) aanhangig te moeten maken.²⁴ In cassatie is geen overeenkomstige regeling vastgesteld. De Hoge Raad heeft daaruit afgeleid dat er thans geen mogelijkheid is om bij de Hoge Raad een incidentele vordering tot schorsing aanhangig te maken, zodat men daarvoor nog steeds op een executiegeschil is aangewezen.²⁵ De incidentele vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad is thans geregeld in art. 234 Rv, dat ex art. 418a lid 1 Rv ook in cassatie van toepassing is.

Tussen 1992 en 2002 gold voor schorsing uitsluitend de norm van Ritzen/Hoekstra, immers schorsing kon alleen bij executiegeschil geschieden.²⁶ Onduidelijk is nu welke norm sedert 2002 geldt, met name voor de schorsing bij incident (art. 351 Rv). Gelet op de wetsgeschiedenis zou men geneigd zijn te zeggen dat art. 351 Rv slechts een impliciete codificatie van en verwijzing naar Ritzen/Hoekstra inhoudt. Men verdedigt dan ook dat een incidenteel verzoek tot schorsing tegenwoordig uitsluitend dient te worden beoordeeld volgens de norm van Ritzen/Hoekstra.²⁷ Op deze conclusie valt echter het een en ander af te dingen, wat

²¹ In het vanaf 1992 geldende art. 53 Rv-1992 werd materieel de regeling van art. 54 Rv-1896 neergelegd, te weten dat na een rechtsmiddel alsnog incidenteel uitvoerbaarheid bij voorraad kon worden gevorderd.

²² PG Inv. Bk. 3, 5 en 6, Overige wetten, p. 28.

²³ PG Inv. Bk. 3, 5 en 6, Overige wetten, p. 29, 31, en 32: schorsing kan alleen op grond van omissie of nieuwe omstandigheden.

²⁴ PG Rv, p. 466 (Van Mierlo/Bart).

²⁵ HR 9 april 2004, NJ 2005, 130 (Corporate Value Associate/Staat), bevestigd voor de verzoekschriftprocedure in HR 8 april 2005, NJ 2005, 529.

²⁶ Overigens werd een bevoegdheid voor schorsing in een incident wel aangenomen in Hof Den Haag 23 mei 2001, LJN AB1789.

²⁷ Asser/Veegens-Korthals Altes-Groen, nr. 70, verwijzend naar HR 19 juni 1992, NJ 1992, 626 (Ruijsch/Apeldoorn), rov. 3.3, dat echter een incident tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad betreft.

blijkt uit een nadere beschouwing van de jurisprudentie en een diepere dogmatische doordenking. Het gaat er dan vooral om in hoeverre een inhoudelijke beoordeling van de eerdere uitspraak en de kans van slagen van het rechtsmiddel mag plaatsvinden.

4. Is een executiegeschil tot schorsing hangende appèl toegestaan?

Alvorens in te gaan op de aan te leggen toets dient men zich af te vragen of thans een executiegeschil tot schorsing hangende appèl nog wel mogelijk is. De herinvoering van het incident tot schorsing in hoger beroep berust op de ondoelmatigheid om steeds een executiegeschil aanhangig te moeten maken. Dit lijkt ervoor te pleiten dat een executiegeschil tot schorsing hangende appèl niet langer mogelijk is, nu dat in strijd is met de strekking van art. 351 Rv.²⁸ Systematisch zou dit juist zijn. Nochtans blijkt niet ondubbelzinnig van zodanige bedoeling van de wetgever. Een reden om de dubbele weg te handhaven zou kunnen zijn dat er toch een verschil is in de aan te leggen maatstaf bij executiegeschil en incident,²⁹ of dit zo is komt hierna aan de orde. Daarnaast zou een praktische rechtvaardiging kunnen zijn gelegen in de grotere snelheid van een kort geding bij de Rechtbank.³⁰ Nu de wetgever zich bij de wijziging van 2002 niet duidelijk erover heeft uitgelaten dat een executiegeschil naast een incident niet zou zijn toegestaan, lijkt het redelijk er van uit te gaan dat de parallelle gehandhaafd kan blijven. Het feit dat in cassatie een executiegeschil in elk geval is gehandhaafd als enige weg om schorsing te bereiken ondersteunt het standpunt dat het executiegeschil een parallelle weg blijft: het lijkt vreemd om de voorzieningenrechter wel een zodanige bevoegdheid toe te kennen ten aanzien van de cassatieprocedure maar hem deze te ontnemen in de appèlprocedure. Toegegeven zij dat deze praktische argumenten relatief zwak zijn tegenover het systematisch en teleologische argument. Wie het zekere voor het onzekere wil nemen, kieze voor het incident, zonodig subsidiair naast een executiegeschil.

Verder Den Besten, noot bij Hof Den Bosch 26 juni 2007, JBPr 2008, 8. Ten aanzien van het tot 1992 geldende incident werd zulks reeds verdedigd door A-G Biegman-Hartogh, conclusie vóór HR 4 december 1981, NJ 1982, 149 (Sanders/Sanders), en A-G Asser, conclusie nr. 2.2, vóór HR 2 juni 1989, NJ 1989, 666 (Hoekmeijer/Markantonakis).

²⁸ Aldus Vznr. Rb Roermond 18 januari 2008, LJN BC2276, Vznr. Rb Arnhem 28 juni 2005, JBPr 2006, 57, zie noot 1.

²⁹ A-G Langemeijer suggereert zodanig verschil en ziet de mogelijkheid van uiteenlopende uitkomsten uitdrukkelijk onder ogen in zijn conclusie, nr. 3.4 en 3.5, voor HR 16 maart 2007, NJ 2007, 163 (Diner/Igielko).

³⁰ Vgl. ook Hof Den Bosch 23 december 2008, LJN BG9853, rov. 4.2.6-7, waar ook wordt gewezen op het feit dat in kort geding kan worden geschorst hangende de appèltermijn, alsmede dat de voorzieningenrechter nog andere voorzieningen kan treffen naast schorsing.

5. De aan te leggen maatstaf: jurisprudentie

Bij de aan te leggen maatstaf voor schorsing zijn er twee kwesties aan de orde. Allereerst is de vraag of de kans van slagen van het rechtsmiddel een rol mag spelen. Daarnaast is de vraag of in het incident tot schorsing (art. 351 Rv) de norm van Ritzen/Hoekstra geldt of een andere maatstaf. Deze vragen staan niet geheel los van elkaar: de Ritzen/Hoekstra-norm impliceert zoals gezegd ten minste een marginale inhoudelijke toetsing. Ter introductie op deze vragen is het nodig het jurisprudentiële kader te schetsen.

In het arrest van 4 december 1981, NJ 1982, 149 (Sanders/Sanders) heeft de Hoge Raad uitgesproken dat de kans van slagen van het rechtsmiddel geen rol mag spelen bij de beoordeling of er bij incidentele uitspraak geschorst moet worden.³¹ Men moet dat arrest echter lezen in de context van de hierboven besproken beperkingen van art. 352 en 406 Rv-1896/1963.³² Dit houdt verband met de te hanteren norm voor de verwante incidentele vordering om alsnog de uitvoerbaarheid bij voorraad uit te spreken. Voor deze vordering werd aangenomen dat moest worden uitgegaan van de uitspraak a quo.³³ Men kon dus niet als verweer in dat incident aanvoeren dat moest worden afgezien van uitvoerbaarheid omdat het vonnis of arrest onjuist was. Daaruit volgt onmiddellijk dat de kans van slagen van het rechtsmiddel hier geen rol kon spelen.³⁴ Deze regel was onder het oude recht, met zijn beperkte mogelijkheden tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad en schorsing, begrijpelijk.

Met de additionele mogelijkheden van Ritzen/Hoekstra en de afschaffing van de schorsing als incident per 1 januari 1992 werd het echter bezwaarlijker om van iedere inhoudelijke toetsing van de uitspraak af te zien. Men zou tot de vreemde consequentie komen dat de Hoge Raad eerst ex art. 52 en 54 Rv-1992 de uitvoerbaarheid bij voorraad zou uitspreken en vervolgens de president in kort geding alsnog de schorsing zou kunnen uitspreken op grond van een feitelijke misslag! Toch is juist vanaf 1992 door de Hoge Raad uitgesproken dat de incidentele uitvoerbaar-

³¹ Conclusie A-G Asser, nr. 2.2, vóór HR 2 juni 1989, NJ 1989, 666 (Hoekmeijer/Markantonakis).

³² Dit geldt in elk geval voor HR 2 juni 1989, NJ 1989, 666 (Hoekmeijer/Markantonakis).

³³ HR 26 april 1991, NJ 1991, 456 (Merkelbagh/Brasse), rov. 3.3. A-G Ten Kate, conclusie nr. 32 vóór HR 1 juni 1990, NJ 1990, 587, verwijzend naar eerdere rechtspraak waar de rechter kennelijk had vergeten de uitvoerbaarheid bij voorraad te gelasten. Het arrest gaat niet in op de vraag in hoeverre de hogere rechter zich moet richten naar een uitdrukkelijk oordeel van de eerdere rechter dat geen uitvoerbaarheid bij voorraad moet worden uitgesproken.

³⁴ Aldus uitdrukkelijk HR 19 juni 1992, NJ 1992, 626 (Ruijsch/Apeldoorn), rov. 3.3.

verklaring bij voorraad zonder beoordeling van de kans van slagen moest geschieden.³⁵ Hierbij werd door de Hoge Raad in diverse uitspraken overigens wel de mogelijkheid opengelaten van uitzonderingen.³⁶

Op zichzelf is het verbod van zodanige prognose (anticipatie op de kans van slagen van het rechtsmiddel) bij het incident tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad niet zeer bezwaarlijk. De rechter die de uitspraak a quo wees zal er van uit zijn gegaan dat zijn vonnis juist is (daarom heeft hij het immers gewezen) en zal daarom ook de kans van slagen van hoger beroep waarschijnlijk gering achten (behoudens wellicht bij omstreden juridische kwesties). Als hij onder die omstandigheden toch desverzocht³⁷ zou hebben afgezien van uitvoerbaarverklaring bij voorraad, ligt het niet voor de hand dat de appèlrechter³⁸ hiervan afwijkt: ofwel de appèlrechter is pessimistischer over de inhoudelijke juistheid, maar dan is er te meer reden om af te zien van uitvoerbaarheid bij voorraad, of hij vermoedt dat de uitspraak in stand zal blijven, maar waarom zou hij dan ineens toch in afwijking van het eerdere oordeel de executie reeds hangende het rechtsmiddel willen toestaan? Een prognose heeft dan dus nauwelijks toegevoegde waarde.³⁹ Omgekeerd, als de appèlrechter van oordeel is dat er wel dringende belangen zijn die tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad nopen, ligt het niet voor de hand dat hij dan nog lang zal nadenken over de kans van slagen

³⁵ HR 19 juni 1992, NJ 1992, 626 (Ruijsch/Apeldoorn), rov. 3.3 zegt expliciet dat dezelfde regel geldt voor het oude en voor het vanaf 1992 geldende recht. Zie verder HR 28 mei 1993, NJ 1993, 468, rov. 3.3, HR 17 juni 1994, NJ 1994, 591 (Korver/De Heel), rov. 3.3, HR 20 januari 1995, NJ 1995, 413 m.nt. HER (Culimer/Smokehouse), rov. 3.5, HR 29 november 1996, NJ 1997, 684 (Gommans/Evers), rov. 3.4, HR 27 februari 1998, NJ 1998, 512 m.nt. HJS (Koster/Dieseraad), rov. 3.4, HR 29 april 2005, NJ 2006, 457 m.nt. HJS (Vie d'Or/DNB), rov. 3.3.2, A.A. van Rossum, *Uitvoerbaarheid bij voorraad van rechterlijke beslissingen*, Arnhem 1995, p. 15-17. Zie overigens over de vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad noot Jongbloed bij JBPr 2007, 42.

³⁶ HR 19 juni 1992, NJ 1992, 626 (Ruijsch/Apeldoorn), rov. 3.3 zegt dat de kans van slagen 'in de regel' buiten beschouwing moet blijven en er in casu geen reden is daarvan af te wijken, evenzo HR 29 november 1996, NJ 1997, 684 (Gommans/Evers), rov. 3.4, HR 27 februari 1998, NJ 1998, 512 m.nt. HJS (Koster/Dieseraad), rov. 3.4. Zie ook de noot van H.J. Snijders, nr. 3, bij HR 29 april 2005, NJ 2006, 457 (Vie d'Or/DNB).

³⁷ Dit argument gaat overigens niet op als de uitvoerbaarverklaring bij voorraad niet is verzocht en om die reden niet is toegewezen (de rechter mag hier immers (behalve in kort geding, ex art. 258 Rv) niet ambtshalve toe overgaan, zie art. 233 Rv en vgl. HR 14 mei 2004, NJ 2005, 247).

³⁸ Of de cassatierechter.

³⁹ Dit is anders indien in vorige instantie geen verzoek is gedaan tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad en de rechter zich daarom toen niet hierover kon uitlaten. In dat geval berust het verbod van een prognose neer op dezelfde ratio als eertijds: de hogere rechter moet alsnog doen wat de eerste rechter achterwege heeft gelaten, daarbij dus uitgaande van het vonnis a quo (dus zonder prognose). Voor een dergelijk geval acht ik het verbod van zo'n prognose onnodig beperkend; dit zal ik hierna onderbouwen.

van het rechtsmiddel.⁴⁰ De beperking is voor *deze* incidentele vordering dus niet zeer hinderlijk. De rechtspraak handelt niet over een incident tot schorsing: dat was in deze jaren (1992-2002) immers niet mogelijk.

Deze jurisprudentie laat echter een factor buiten beschouwing. De norm voor het incident tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad ex art. 234 Rv was immers in 1992 verruimd. In afwijking van de vroegere limitatieve (deels dwingende, deels facultatieve) gronden kan sedertdien de opportuniteit van de uitvoerbaarverklaring bij voorraad worden meegewogen: nodig is een belangenafweging.⁴¹ Het gaat erom dat verzoeker belang heeft bij de door hem verlangde uitvoerbaarverklaring bij voorraad en dat zijn wederpartij niet een, gezien de omstandigheden van het geval, zwaarder wegend belang heeft bij achterwege blijven van zodanige verklaring.⁴² De beoordeling in het incident betreft daarom niet louter het herstel van een eerder verzuim (beoordeeld ex tunc) maar een nieuwe beoordeling van de uitvoerbaarheid bij voorraad (ex nunc). Een eventueel eerder oordeel hieromtrent wordt dus niet gerespecteerd maar eenvoudigweg overgedaan. Maar dan is er geen dwingende reden om de kans van slagen van het rechtsmiddel buiten beschouwing te laten.

De jurisprudentie sedert 2002 ten aanzien van het incident tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad (thans art. 234 Rv, ingevolge art. 418a lid 1 Rv ook in cassatie van toepassing) heeft nochtans de lijnen van de eerdere jurisprudentie voortgezet.⁴³ Over het incident tot schorsing zijn geen inhoudelijke uitspraken van de Hoge Raad, aangezien de Hoge Raad van oordeel is dat in cassatie geen plaats is voor zodanig incident.⁴⁴ Wel is er verdeelde jurisprudentie van hoven.⁴⁵ Rechtsgeleerde

⁴⁰ Hij zal ofwel die kans impliciet hebben meegewogen, of het belang zo groot achten dat hij zelfs de aanwezigheid van een grote kans op vernietiging geen reden acht om af te zien van uitvoerbaarheid bij voorraad.

⁴¹ HR 28 mei 1993, NJ 1993, 468 (verwijzend naar ingrijpende gevolgen die later moeilijk ongedaan kunnen worden gemaakt versus het financiële belang van eiser), HR 17 juni 1994, NJ 1994, 591 (Korver/De Heel), rov. 3.3, HR 29 november 1996, NJ 1997, 684 (Gommans/Evers), rov. 3.4, HR 27 februari 1998, NJ 1998, 512 m.nt. HJS (Koster/Dieseraad), rov. 3.1.

⁴² HR 27 februari 1998, NJ 1998, 512 m.nt. HJS (Koster/Dieseraad), rov. 3.1, vgl. HR 29 november 1996, NJ 1997, 684 (Gommans/Evers), rov. 3.4.

⁴³ Zie HR 29 april 2005, NJ 2006, 457 m.nt. HJS (Vie d'Or/DNB), rov. 3.3.2, HR 31 mei 2008, NJ 2008, 311 (Newbay/Staat), waarbij wordt aangegeven dat de rechter in het incident heeft uit te gaan van het de beslissingen van de vorige rechter, tenzij er feiten en omstandigheden zijn aangevoerd om daarvan af te wijken.

⁴⁴ HR 9 april 2004, NJ 2005, 130 (Corporate Value Associate/Staat), hierboven genoemd.

⁴⁵ Toepassing van Ritzen/Hoekstra bij Hof Den Bosch 16 maart 2004, LJN AO9438, en Hof Amsterdam 28 augustus 2008, LJN BG6074, toepassing van belangenafweging bij Hof Den Bosch 26 juni 2007, LJN BB0039, JBPr 2008, 8 m.nt. Den Besten, ook (anticiperend) bij Hof Den Haag 23 mei 2001, LJN AB1789.

schrijvers nemen aan dat de kans van slagen geen rol mag spelen.⁴⁶ Een richtinggevende uitspraak van de Hoge Raad over art. 351 Rv is niet snel te verwachten omdat (vanwege het verbod van tussentijds cassatieberoep) tegen het incident alleen cassatieberoep openstaat wanneer dit door het hof is opengesteld.

Uit de jurisprudentie en de wetsgeschiedenis kunnen we derhalve niet twijfelloos afleiden of een prognose is toegestaan bij het incident tot schorsing, noch blijkt daaruit of bij dat incident de norm van Ritzen/Hoekstra geldt of de belangenafweging (die bij het incident tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad is vereist).

6. Prognose in executiegeschil en kort geding?

Op het eerste gezicht lijkt het verbod van een prognose te wringen met een andere regel ten aanzien van het kort geding. Een executiegeschil berust weliswaar op art. 438 Rv maar verloopt volgens de gewone maatstaven van een kort geding (art. 254 e.v. Rv). In een kort geding wordt van de voorzieningenrechter in het algemeen verwacht (al is hij daar niet toe verplicht)⁴⁷ dat hij juist anticipeert op de beslissing in een eventuele bodemprocedure.⁴⁸ Weliswaar staat het executiegeschil niet in dezelfde verhouding tot de hoofdprocedure als een kort geding tot een bodemprocedure, maar het uitgangspunt, dat geanticipeerd moet worden op de uiteindelijke toestand, wordt ook gehanteerd buiten de strikte verhouding kort geding-bodemprocedure.⁴⁹ Het valt daarom niet aanstonds te zien waarom anticipatie niet *mogelijk* zou zijn.⁵⁰ Dat er geen

⁴⁶ Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-Van Gent, Hoger beroep, nr. 224. A-G Strikwerda is van oordeel dat Ritzen/Hoekstra moet worden gevolgd en dat een inschatting van de kans van slagen van het rechtsmiddel niet is toegestaan (conclusie, nr. 10, vóór HR 9 april 2004, NJ 2005, 130 (CVA/Staat)).

⁴⁷ HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 m.nt. DWFV (Procter & Gamble/Kimberly Clark), rov. 3.3.2.

⁴⁸ HR 21 april 1995, NJ 1996, 462 m.nt. DWFV (Boehringer Mannheim/Kirin Amgen), rov. 3.4. In andere uitspraken wordt dit niet als een uitgangspunt geformuleerd maar veeleer als een bevoegdheid: HR 7 oktober 2005, NJ 2006, 131 (gem. Alkmaar/Huiswaard), HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 13 (Tetra Laval/Meyn), HR 7 april 1995, NJ 1996, 581, HR 10 mei 1996, NJ 1996, 537. Zie voorts: Van Rossem-Cleveringa, aant. 11 bij art. 289; Meijers-Vermeulen, nr. 49, Schenk-Blaauw, Alg. deel, p. 13; Snijders-Klaassen-Meijer, nr. 334.

⁴⁹ Bv. ten aanzien van een relevante bestuursrechtelijke procedure: HR 28 mei 1993, NJ 1993, 625, m.nt. AHJS (Hasan/Staat), HR 18 februari 1994, NJ 1995, 718, m.nt. MS (Staat/Kabayel), HR 7 april 1995, NJ 1996, 581 (Carizzo/Staat), HR 27 april 2001, NJ 2002, 335, HR 14 januari 2005, LJN AR4037, JOL 2005, 18.

⁵⁰ Een dogmatische uitweg zou zijn dat het executiegeschil toch een bijzonder soort kort geding is, waar de gewone eisen niet voor gelden. Op zichzelf is dat juist, aangezien het executiegeschil meestal *na* een hoofdprocedure volgt, terwijl het kort geding *voor* de bodemprocedure loopt. De dogmatiek van het executiegeschil verdient nadere aandacht; in dit verband zij volstaan met de opmerking dat zo'n dogmatische verklaring niet af doet aan de toch wat wonderlijk ogende spanning tussen een en ander.

algemene *verplichting* hiertoe bestaat, is begrijpelijk, die ontbreekt ook bij een gewoon kort geding.

Dit zou betekenen dat de voorzieningenrechter volgens de schorsingnorm *niet* mag anticiperen, terwijl hij volgens het in kort geding geldende beginsel van afstemming op de te verwachten uitkomst van de bodemprocedure in beginsel juist *wel* een prognose moet maken. De spanning tussen deze beginselen lijkt echter dogmatisch te kunnen worden opgelost doordat er bij een executiegeschil al een vonnis in de bodemprocedure is: het vonnis waarvan de schorsing wordt verzocht!⁵¹ Als er reeds een beslissing in de bodemprocedure is gevallen, is de voorzieningenrechter in kort geding namelijk verplicht zijn oordeel daarop af te stemmen.⁵² Dit is begrijpelijk: de voorzieningenrechter zou anders immers afwijken van een vonnis dat met meer beraad tot stand is gekomen dan een kort-gedinguitspraak.⁵³ Daardoor kan de regel van anticipatie van de bodemprocedure worden verenigd met het verbod op anticipatie van het rechtsmiddel. De regel om af te stemmen op de bodemuitspraak geldt behoudens voorzover de bodemuitspraak klaarblijkelijk op een misslag berust en herstel in hoger beroep of cassatie niet kan worden afgewacht.⁵⁴ Deze jurisprudentiële regel sluit weer aan bij Ritzen/Hoekstra: de voorzieningenrechter die over schorsing oordeelt dient zich aan het vonnis a quo te houden, behalve voorzover er een misslag aan de orde is (of, mogen wij aannemen, nieuwe feiten zijn voorgevallen). En zo is alles weer rond.

Formeel is nochtans onjuist dat de kans van slagen geen rol speelt. Deze kans is immers marginaal (en beperkt) geïmpliceerd in het criterium van een feitelijke of juridische misslag uit Ritzen/Hoekstra.⁵⁵ Uit het feit dat de wetgever in 1992, ondanks de verruiming van de gronden voor uitvoerbaarverklaring bij voorraad, uitdrukkelijk de mogelijkheid van een executiegeschil voor schorsing heeft laten bestaan, blijkt dat de wetgever niet verlangt dat de uitspraak in de hoofdprocedure volledig gerespecteerd blijft. Als de kort-gedingrechter beslist om over te gaan tot schorsing wijkt hij uit de aard der zaak af van de bodemuitspraak; het lijkt dan vreemd dat hem dit wel is toegestaan maar hij vervolgens niet tevens mag beoordelen of het

⁵¹ Aldus ook A-G Langemeijer, conclusie, nr. 3.4, voor HR 16 maart 2007, NJ 2007, 163 (Diner/Igielko).

⁵² HR 19 mei 2000, NJ 2001, 407, m.nt. HJS, vgl. HR 13 september 2002, LJN AE2179 (art. 81 RO).

⁵³ Men kan ook uitgaan van de prioriteit van de bodemprocedure die is geïmpliceerd in art. 257 Rv. Zie nader Losbl. Rechtsvordering (Tjong Tjin Tai), art. 257, aant. 2.

⁵⁴ HR 19 mei 2000, NJ 2001, 407, m.nt. HJS.

⁵⁵ Enzo J.F. de Heer, noot bij Hof Den Bosch 23 augustus 2005, JBPr 2006, 21.

rechtsmiddel kans van slagen heeft. Dat hij daarmee in de bevoegdheid van de beroepsrechter treedt, is hoogstens een argument om deze rechtsgang geheel af te sluiten en weer terug te keren tot de oorspronkelijke exclusiviteit van het incident tot schorsing bij de beroepsrechter.⁵⁶ Wil men dat niet (en zoals gezegd, is het standpunt van de wetgever hierin onduidelijk), dan moet men de consequentie onder ogen zien dat er een marginaal inhoudelijk oordeel plaatsvindt. De (marginale) prognose zou dan ten minst mogelijk zijn bij het executiegeschil tot schorsing dat bij cassatie nodig is; men kan alleen nog betogen dat dit in het incident in appèl niet geldt omdat de Ritzen/Hoekstra-norm daar niet van toepassing zou zijn. Dat is echter onjuist.

7. Prognose en belangenafweging

Het lijkt vreemd dat de beroepsrechter ingeval van een evident kansloos of gegrond beroep zijn prognose niet zou mogen meewegen bij zijn incidentele beslissing om de executie al dan niet te schorsen.⁵⁷ De oorspronkelijke reden voor dit verbod was gelegen in het toenmalige wettelijk systeem, dat inmiddels op relevante punten is gewijzigd. Toegegeven zij dat men daar tegenover kan stellen dat het moeilijk is voor de rechter om in een incident een goede inschatting te maken; dat zou er al snel toe leiden dat het debat in het incident onwenselijk uitdijt tot het volledige debat in de hoofdprocedure.⁵⁸ Dit is echter niet te vermijden. Het is inherent aan de schorsing dat de rechter afwijkt van een uitdrukkelijk oordeel van de rechter in eerste aanleg om wel uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Men kan dan ook geen zuivere parallel trekken met de redenering ten aanzien van een incident tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad, waar het oorspronkelijk ging om herstel van een eerder verzuim van de rechter in vorige instantie.

Dat bij een executiegeschil volgens Ritzen/Hoekstra nochtans reden is voor terughoudendheid wegens de leer van afstemming met het oordeel in de

⁵⁶ In zoverre is de aan het begin genoemde uitspraak van de Vznr. Rb Roermond begrijpelijk.

⁵⁷ In Frankrijk wordt overigens eenzelfde beperking aangenomen ten aanzien van schorsing hangende een rechtsmiddel. Zie S. Guinchard (9e dr.), *Droit et Pratique de la Procédure Civile*, Dalloz: Parijs 2004, nr. 432.20. De bevoegdheid om hangende appèl te schorsen rust bij de Premier Président van het Cour d'appèl, zie art. 524 juncto 956 Nouveau Code de Procédure Civile, waarbij de juistheid van de beslissing ten gronde geen rol speelt. In de praktijk blijken rechters nochtans genegen toch tot zo'n inhoudelijke beoordeling over te gaan: Guinchard, nr. 432.121-133.

⁵⁸ Overigens is mogelijk dat de grieven nog niet bekend zijn ten tijde van de behandeling van het incident of het executiegeschil. Dat zal evenwel van weinig belang zijn, aangezien te verwachten is dat de gronden voor schorsing voorzover betrekking hebbend op de inhoudelijke juistheid van de uitspraak a quo ook zullen worden aangevoerd als grieven.

bodemprocedure (zie vorige paragraaf), kan evenmin bepalend zijn. Het valt niet onmiddellijk in te zien waarom de appèlrechter bij de beoordeling van de incidentele vordering tot schorsing ex art. 351 Rv niet zou mogen meewegen in hoeverre hij van oordeel is dat het rechtsmiddel zal slagen.⁵⁹ De appèlrechter oordeelt dan immers over zijn eigen geschil, hij kan daarbij bezwaarlijk gebonden worden geacht aan het oordeel van de lagere rechter.⁶⁰ Een prognose kan hoogst doelmatig zijn in gevallen waar een sterke indicatie is van het uiteindelijke resultaat van het rechtsmiddel. De Hoge Raad lijkt ook niet geheel consequent te zijn. Zo mag de opheffing van de schorsende werking van verzet in een belastingprocedure wel worden beoordeeld aan de hand van de vraag of het verzet kansloos is.⁶¹

Als de beoordeling van de schorsing moet berusten op een belangenafweging (aansluitend bij de norm voor het incident tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad⁶²) in plaats van Ritzen/Hoekstra, is evenzeer een prognose onvermijdelijk. Bij die belangenafweging gaat het onder meer om de klemmendheid van belangen van partijen en de al dan niet onomkeerbaarheid van de gevolgen van onmiddellijke tenuitvoerlegging. Het ligt voor de hand daarbij tevens te betrekken de waarschijnlijke uitkomst,⁶³ dus de kans van slagen van het rechtsmiddel. De gevolgen worden immers mede bepaald door die kans van slagen. De eventuele schorsing betekent daarnaast uit de aard der zaak noodzakelijkerwijs dat de afweging van de eerdere rechter om de uitvoerbaarheid bij voorraad uit te spreken wordt overgedaan. *Dat* eerdere oordeel wordt dus in elk geval niet gerespecteerd.

Dit alles overziend lijkt het onjuist dat de kans van slagen van het rechtsmiddel geen rol mag spelen in het incident tot schorsing.⁶⁴ Dat verbod is gegrond op een absoluut respect voor de eerdere uitspraak, welk uitgangspunt achterhaald is nu dit zowel strijdig is met de norm van Ritzen/Hoekstra als met een belangenafweging.⁶⁵ In de praktijk ziet men overigens voorzieningenrecht (en

⁵⁹ Ruimte voor een marginaal oordeel is ook bepleit door H.J. Snijders, noot nr. 3, bij HR 29 april 2005, NJ 2006, 457 (Vie d'Or/DNB).

⁶⁰ Behoudens als men uitgaat van het vroegere absolute respect voor een gewezen vonnis, maar die leer is met Ritzen/Hoekstra van tafel.

⁶¹ HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 411 m.nt. HJS, HR 8 juni 2007, NJ 2008, 368.

⁶² Als verdedigd door Hof Den Bosch 26 juni 2007, JBPr 2008, 8, rov. 4.3, evenzo Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-Van Gent, nr. 224.

⁶³ Hetgeen immers een reden is om bij een normaal kort geding een prognose van de uiteindelijke uitkomst te verwachten.

⁶⁴ Zodanig verbod werd wel aangenomen door Hof Amsterdam 28 augustus 2008, LJN BG6074.

⁶⁵ Dat wil zeggen ongeacht de norm die moet worden aangelegd, hetgeen in par. 8 wordt besproken.

appèlrechters oordelend over een incident) zich regelmatig mede (al dan niet verhuld) baseren op een prognose van de verwachte uitkomst.⁶⁶ Het vorenstaande onderstreept de juistheid van deze praktijk. Om de zaak werkbaar te houden zal het hierbij niet moeten gaan om een verplichting doch slechts om een bevoegdheid van de rechter.⁶⁷ Tevens zal de rechter daarbij moeten oppassen dat hij niet overgaat tot een volledig onderzoek; partijen mogen niet de gehele zaak in het incident gaan bepleiten en de rechter moet dat niet stiekem toch van hen gaan verwachten.⁶⁸

8. Belangenafweging of misbruik van bevoegdheid?

Tot slot dient te worden gezien welke maatstaf moet worden gehanteerd in het incident ex art. 351 Rv.⁶⁹ Bij een executiegeschil geldt zonder meer de Ritzen/Hoekstra-norm (zowel hangende cassatie als hangende appèl, indien een executiegeschil dan is toegestaan). Geldt in het incident de norm van een belangenafweging? Bij nader inzien is er echter geen wezenlijk verschil in beide benaderingen. Het komt mij daarom voor dat een synthese de wenselijke uitkomst is.

Ritzen/Hoekstra geeft alleen de minimumvoorwaarden aan waaronder kan worden geschorst, daarnaast is nog steeds een belangenafweging nodig. Dit volgt uit het feit dat een executiegeschil een kort geding is waarin zo'n belangenafweging verplicht is.⁷⁰ Derhalve veronderstelt Ritzen/Hoekstra reeds een additionele belangenafweging.

Omgekeerd kunnen en moeten, indien men uitgaat van een belangenafweging als maatstaf,⁷¹ de voorwaarden van Ritzen/Hoekstra binnen die afweging worden gehanteerd. Allereerst zou men uit de wetsgeschiedenis van art. 351 Rv kunnen afleiden dat de norm van Ritzen/Hoekstra ook geldt ten aanzien van het incident tot schorsing: immers in 2002 is beoogd de schorsing die tot dan bij executiegeschil moest geschieden weer mogelijk te maken bij incident. Voor wie dat argument te onzeker vindt, kan een alternatieve redenering worden gevolgd. Als eenmaal aanvaard

⁶⁶ Zie bv. Hof Amsterdam 7 april 2005, NJF 2005, 274, Vznr. Rb Groningen 5 augustus 2005, NJF 2005, 444.

⁶⁷ Evenals geldt voor de prognose in kort geding, zie hierboven.

⁶⁸ Evenzo begrijp ik Snijders, noot nr. 3, bij HR 29 april 2005, NJ 2006, 457 (Vie d'Or/DNB).

⁶⁹ Hierover ook Hof Den Bosch 26 juni 2007, LJN BB0039, JBPr 2008, 8 m.nt. Den Besten.

⁷⁰ Zie Losbl. Rv (Tjong Tjin Tai), art. 254, aant. 5 met verwijzingen, o.a. HR 15 december 1995, NJ 1996, 509, m.nt. DWFV rov. 3.4 (Procter & Gamble/Kimberly Clarke).

⁷¹ Hetgeen zou beruilen op de wettelijke bevoegdheid van art. 351 Rv, waar, aansluitend bij de bevoegdheid tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad, eveneens een belangenafweging geïmpliceerd zou zijn (zie verwijzingen noot 62).

wordt (zoals in de vorige paragraaf betoogd) dat een prognose is toegestaan, is er geen bezwaar tegen dat Ritzen/Hoekstra met de daarbij geïmpliceerde marginale toetsing wordt gevolgd in het incident. Indien de uitkomst zeer waarschijnlijk is (en zou leiden tot vernietiging) kan dit via het ‘misslag’-criterium van Ritzen/Hoekstra leiden tot schorsing. Een belangenafweging zou dan ook (zie par. 7) tot een dergelijke uitkomst moeten leiden. Als de uitkomst daarentegen onzeker is, is er geen misslag en kan de verwachte uitkomst geen invloed hebben op een eventuele schorsing (er is immers geen concrete verwachting). Dan zal de rechter zich moeten baseren op een belangenafweging zonder meer. Voor nieuwe omstandigheden geldt eveneens dat deze in de belangenafweging kunnen en moeten worden betrokken.

Derhalve impliceren de twee concurrerende normen elkaar in het incident wederzijds en hoeft er dus geen keuze te worden gemaakt bij de beoordeling in incident ex art. 351 Rv.⁷² Hieruit volgt tevens dat de normen voor executiegeschil en incident gelijkkluidend zijn, hetgeen ook wenselijk is uit oogpunt van hanteerbaarheid.⁷³ Bij executiegeschil zowel als bij incident gelden dus de (elkaar wederzijds implicerende) eisen van een belangenafweging en de criteria van Ritzen/Hoekstra. Eventueel zou men voor het executiegeschil nog een grotere mate van respect voor het oordeel in de hoofdprocedure kunnen verlangen, maar dat minieme verschil zal waarschijnlijk vooral van theoretisch belang blijven: in de praktijk valt dat niet te meten of te beoordelen. Overigens zou men mijns inziens het misslag-criterium, voor wat betreft een tijdelijke schorsing hangende de procedure, wat ruimer interpreteren dan beperkt tot zonneklare fouten. Er kan een marginale toetsing plaatsvinden van de juistheid van de uitspraak.

9. Conclusie

Ik hoop hiermee een weg te hebben gewezen in de doolhof van executiegeschil en incident tot schorsing. De parallelle wegen om schorsing te bereiken zijn mijns inziens in stand gebleven, ook al is daar formeel geen reden meer toe. Bij de beoordeling van het verzoek tot schorsing moet mijns inziens, anders dan wel wordt aangenomen, de kans van slagen van het rechtsmiddel een rol kunnen spelen. De te

⁷² In Hof Den Bosch 23 december 2008, LJN BG9853 is zo’n cumulatieve beoordeling gegeven.

⁷³ Enzo M. den Besten bij JBPr 2008, 8, zij het dat hij een andere norm voorstaat.

hanteren norm voor schorsing is een belangenafweging waarbinnen de voorwaarden van Ritzen/Hoekstra mede een rol spelen.